

**Sygn. akt KIO/UZP 856/08**

**WYROK**  
**z dnia 1 września 2008 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący:   Andrzej Niwicki**

**Członkowie:       Małgorzata Rakowska**  
**Agnieszka Trojanowska**

**Protokolant:       Magdalena Sierakowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 września 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Usługowo-Budowlane "Hołyszko" Sp. z o.o., 37-700 Przemyśl, ul. Batorego 55a** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Żurawica, 37-710 Żurawica, ul. Ojca Świętego Jana Pawła II** protestu z dnia 30 lipca 2008 r.

przy udziale **xxx** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **xxx** po stronie odwołującego się oraz **xxx** - po stronie zamawiającego\*.

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie,**

2. kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Usługowo-Budowlane "Hołyszko" Sp. z o.o., 37- 700 Przemyśl, ul. Batorego 55a**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Przedsiębiorstwo Usługowo-Budowlane "Hołyszko" Sp. z o.o., 37- 700 Przemyśl, ul. Batorego 55a,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx.
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwo Usługowo-Budowlane "Hołyszko" Sp. z o.o., 37- 700 Przemyśl, ul. Batorego 55a.**

### **U z a s a d n i e n i e**

Odwołując się od rozstrzygnięcia Zamawiającego w sprawie oddalenia protestu z dnia 30 lipca 2008 r. wykonawca uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na budowę Sali gimnastycznej przy Zespole Szkół w Orzechowcach, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów art. 87 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych polegające na wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przedsiębiorstwa Produkcyjno Handlowego INTEGRAL sp. z o.o. w Rzeszowie poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści siwz oraz dokonanie wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej.

W proteście wskazał, że w kwestionowanym kosztorysie ofertowym:

1/ pominięto wycenę wartości do wykonania podłoża pod posadzki z pospółki w ilości 432 m<sup>3</sup> - zgodnie z wyjaśnieniem Zamawiającego z dnia 11 czerwca 2008 r.

Odnosząc się do treści rozstrzygnięcia protestu w tym zakresie, Odwołujący stwierdził, że w kosztorysie ofertowym w asortymencie 6 Podłoża podłogi .i posadzki „1” lp. 0 przyjęto

zasypanie wykopów z przetrztem ziemi na odległość 3 m i obiciem warstwami co 15 cm w gruncie kat. III w ilości 412 m<sup>3</sup>, natomiast zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego Nr 1 i 2 z dnia 9 i 11 czerwca 2008 r. zasypkę należy wykonać pospółką ubita warstwami wewnątrz obrysów fundamentów.;

2/ nie ujęto rusztowań do wyceny ścian z cegły i pustaków oraz tynków na wysokości powyżej 4,5 m – wyjaśnienia Zamawiającego z 11.06.2008 r.

Ponadto w odwołaniu wskazał, że wybrany Wykonawca w kosztorysie ofertowym w asortymencie 3 „Stan surowy – elementy konstrukcyjne Lp. 6 wycenił wykonanie słupów żelbetowych w ścianach murowanych wg KNR 2-02 0211-01-00, a zgodnie z załączonym do SIWZ przedmiarem robót należało wycenić wykonanie rygli i przekrycia żelbetowe w ścianach murowanych wg KNR 2-02 0211.1/04 ;

3/ nie ujęto w wycenie dostawy i montażu płatwi z drewna klejonego /wyjaśnienia Zamawiającego z 11.06.08/

4/ brak w ofercie wyceny poz. 9 w rozdziale przyłącze kanalizacyjne – wykonanie studzienki kanalizacyjnej o średnicy 1200 mm

Odwołujący podniósł w tym świetle, że Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisu art. 87 ustawy Pzp uwzględniając wyjaśnienia PPH INTEGRAL sp. z o.o. w Rzeszowie, pomimo, że w istocie stanowią one istotną zmianę treści oferty w toku postępowania. Powołując się na treść SIWZ oraz umowę stanowiącą integralną część specyfikacji, wskazał, że wynagrodzenie dotyczące zamawianych robót jest wynagrodzeniem kosztorysowym, a podane ceny jednostkowe będą stałe będą obowiązywać w czasie realizacji całego przedmiotu zamówienia (pkt 13 ust. 5 str. 5 SIWZ), dlatego też wszyscy wykonawcy muszą sporządzać kosztorysy wg tej samej zasady i nie mogą sami nic zmieniać.

W podsumowaniu podniesionych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz dokonanie zaniechanej czynności odrzucenia oferty złożonej przez konkurencyjnego wykonawcę.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania i odnosząc się do zarzutów stwierdził, że w toku badania i oceny ofert stwierdził, iż w treści ofert firm PPH INTEGRAL sp. z o.o. oraz ofercie Odwołującego wystąpiły zmiany w opisie sposobu wykonania przedmiotu zamówienia.

Stosownie do treści art. 87 ust. 1 ustawy, pismem z dnia 26 czerwca 2008 r. zażądał od Wykonawców wyjaśnień. Na podstawie otrzymanych wyjaśnień, Zamawiający stwierdził, że Wykonawcy oferują wykonanie przedmiotu zamówienia w sposób odpowiadający temu, czego żądał w SIWZ, jednocześnie nie dokonując udzielonymi wyjaśnieniami, zmian w treści złożonych ofert.

Zamawiający uznał, że oferty są zgodne z treścią SIWZ, a w szczególności z pkt 13. 4 o treści: „wprowadzenie przez Oferenta zmian w kosztorysie ofertowym, które skutkować będą zmianą przedmiotu zamówienia, potraktowane zostaną przez Zamawiającego jako niezgodność ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.”

Odnosząc się do kolejnych zarzutów protestu Zamawiający stwierdził:

1/ zgodnie z wyjaśnieniem Wykonawcy, w poz. 0 „Podłoża, podłoga i posadzka – poziom I” ujęto zasypanie wykopu pospółką ubitą warstwami, a pospółka ujęta została w pozycji materiały, który w kosztorysie uproszonym nie jest widoczny, natomiast w wykazie materiałów jest wyszczególniona;

2/ Zamawiający wskazał, że zgodnie z udzieloną przez siebie odpowiedzią na pytanie wykonawcy o ilość rusztowań oraz podstawy wyceny, stwierdził, że ilość rusztowań oraz czas pracy oferenci winni skalkulować wg kalkulacji własnych, a firma INTEGRAL wskazała, iż rusztowania do robót murowych i tynków ścian hali ujęto w cenie wykonania tych robót;

3/ Firma PPH INTEGRAL sp. z o.o. uwzględniając stanowisko Zamawiającego, że nakłady na wykonanie płatwi dolnych nr 7 o przekroju 12x16 cm należy ustalić na podstawie projektu konstrukcji, wyjaśniła, że płatwie dolne z drewna klejonego ujęto w pozycji na dostawę i montaż dźwigarów klejonych w poz. 9 element 1,3 (ujęto w cenie dźwigara klejonego);

4/ w kwestii braku w ofercie wyceny wykonania studzienki kanalizacyjnej o średnicy 1200 mm (poz. 9 w rozdziale Przyłącze kanalizacyjne) Zamawiający wskazał, że wykonawca wyjaśnił, iż wykonanie studni rewizyjnej fi 1200 mm z kręgów betonowych w gotowym wykopie o głębokości 3 m mieści się w koszcie wykonania całego przyłącza kanalizacyjnego o długości 10 m o łącznej kwocie 4.420zł netto stanowiąc cenę ofertową na wykonanie całego zakresu robót ujętych w tym elemencie robót.

Zamawiający stwierdził przy tym, że w przedmiarach brak było przedmiotowej studni, na co wskazali wykonawcy otrzymując w konsekwencji wyjaśnienie, że w wycenie oferty należy przyjąć ilości podane w przedmiarach, a zakres robot dodatkowych zostanie ustalony protokołem konieczności i rozliczony kosztorysem powykonawczym.

Zamawiający podniósł ponadto, że potraktował oferty obydwu wykonawców zgodnie z legalną definicją tego pojęcia, jako oświadczenie woli zawarcia umowy, jeżeli określa ono istotne postanowienia tej umowy.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie, a w szczególności zapoznaniu się z dokumentacją postępowania, specyfikacją istotnych warunków zamówienia i treścią ofert oraz wysłuchaniu stron działających przez pełnomocników ustalił i zważył, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący ma interes prawny w wnoszeniu środków ochrony prawnej w niniejszym postępowaniu zważywszy, że w rezultacie uwzględnienia Jego zarzutów, oferta Odwołującego byłaby uznana za najkorzystniejszą.

Izba uznała za nieuzasadniony wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania w części dotyczącej naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 2 ustawy, jakkolwiek potwierdził się fakt podniesienia zarzutu w tym zakresie w odwołaniu bez poprzedzenia go w treści protestu. Skutkiem dokonanej ustalenia nie może być jednak odrzucenie odwołania, lecz pominięcie rozpatrzenia tego nowego zarzutu. W postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą dopuszczalne jest bowiem jedynie ewentualne odrzucenie odwołania w całości, co wobec podtrzymania zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, wymaga rozpatrzenia sprawy na rozprawie.

Analizując treść oferty wybranej przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza wraz załączonym do oferty kosztorysem, skład orzekający Izby potwierdził, że treść kosztorysu ofertowego nie jest tożsama z treścią przedmiarów robót udostępnionych przez Zamawiającego wykonawcom, w pozycjach wskazanych przez Odwołującego w proteście. W szczególności nie ujęto odrębnie w kosztorysie uproszczonym wyceny podłoża z pospółki, lecz wyszczególniono ten materiał w wykazie. Ponadto wobec dopuszczenia kalkulacji własnej w zakresie niezbędnym do wykonania poszczególnych etapów robót, uprawnione jest przyjęcie wyjaśnienia Wykonawcy, że ujął on wycenę rusztowań do robót na wysokości powyżej 4,5 m w cenie wykonania tych robót. Analogiczna deklaracja ujęcia wyceny płatwi z drewna klejonego w innej niż w przedmiarze pozycji kosztorysowej, nie wskazuje na niezgodność oferty z przedmiarem. Skład orzekający stwierdza również, że wyjaśnienie Wykonawcy o ujęciu w koszcie wykonania całego przyłącza kanalizacyjnego również studni rewizyjnej, nie stanowi o niezgodności kosztorysu z treścią SIWZ, a złożenie wyjaśnienia w tym zakresie, nie stanowi zmiany treści oferty w rozumieniu art. 87 ust. 1 zdanie 2 ustawy Pzp.

Dokonane ustalenia pozwalają stwierdzić, że wskazane różnice nie oznaczają niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, a świadczą jedynie o zastosowaniu przez Wykonawcę własnej kalkulacji, w której jednak nie pominął On wymaganych elementów robót. Należy stwierdzić, że Zamawiający w treści SIWZ uzupełnionej wyjaśnieniami nie postawił wymogu zastosowania konkretnej metody kalkulowania prac składających się na wykonanie przedmiotu zamówienia, w tym nie narzucał oparcia kalkulacji na określonych precyzyjnie zasadach kosztorysowania. Zamawiający jednocześnie wskazał w pkt. 13. 4 SIWZ na rygor uznania za niezgodne z treścią SIWZ nie jakiegokolwiek różnice, lecz takie zmiany w kosztorysie ofertowym, „które skutkować będą zmianą przedmiotu zamówienia”. Wobec dokonanej ustalenia, że złożone kosztorysy ofertowe zawierają wszystkie elementy

robót składające się na przedmiot zamówienia, skład orzekający Izby stwierdza, że oferta wybranego wykonawcy nie była sprzeczna z postanowieniami SIWZ, a tym samym brak jest podstaw do zastosowania przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp obligującego Zamawiającego do odrzucenia oferty, której treść jest niezgodna z treścią specyfikacji.

W świetle powyższego, orzeczono, jak sentencji, rozstrzygając o kosztach postępowania stosownie do wyniku sprawy.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Przemysłu**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*